



**Universidad de Valladolid**



**icava**

Ilustre Colegio de  
Abogados de Valladolid

**Facultad de Derecho**  
**Máster en Abogacía y Procura**

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS  
RELACIONES FAMILIARES DE LOS  
NIETOS CON LOS ABUELOS**

Presentado por:

**Marina Benítez Alonso**

Tutelado por:

**Félix Manuel Calvo Vidal**

Valladolid, febrero de 2024

# INDICE

1. SUPUESTO DE HECHO
2. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN
3. CONCLUSIONES
4. ABREVIATURAS
5. LEGISLACIÓN APLICABLE
6. JURISPRUDENCIA

## 1. SUPUESTO DE HECHO

Don Miguel y Doña Carolina, ambos mayores de edad y naturales, respectivamente, de Fuensaldaña y de Mucientes, ambos pueblos de la provincia de Valladolid, contrajeron matrimonio el 15 de noviembre de 2000 en Valladolid, se aporta la inscripción del matrimonio en el Registro Civil de la mencionada ciudad.

En el seno de este matrimonio nacieron sus dos hijos mellizos, ambos menores de edad, Alejandro y Sara, nacidos el 27 de abril de 2012 en Valladolid. Se aportan las correspondientes inscripciones de nacimiento de los menores en el Registro Civil de Valladolid; así como también el Libro de Familia.

En junio de 2014, Don Miguel falleció a causa de un accidente de tráfico, dejando huérfanos de padre a sus dos hijos menores, por lo que su guarda y custodia pasó a ejercerse de manera exclusiva por la madre, Doña Carolina.

Ese mismo año, en octubre de 2014, tras la traumática pérdida de su marido y al verse desbordada por el cuidado de los dos pequeños y compaginarlo con el trabajo, Doña Carolina decidió mudarse junto a los niños a casa de los abuelos maternos, Don Tomás y Doña Adelaida. Se aporta certificado de empadronamiento, en el que se aprecia que el domicilio de los abuelos y los nietos es el mismo.

En noviembre de 2014, es decir, solamente un mes después desde que Doña Carolina y sus hijos se mudaran a casa de los abuelos, ésta conoció a la que sería su nueva pareja y se fue con él al extranjero, no queriendo saber nada más de su propia familia, ni siquiera de sus hijos, a los que dejó aquel día en casa de sus padres.

Desde ese momento y, hasta ahora, han sido los abuelos quienes se han venido haciendo cargo de los niños, encargándose de todo su cuidado: alimentación, acompañarles y recogerles del colegio, ayudarles con los estudios cada día, llevarles al parque y a los cumpleaños con los amigos del colegio, visitas médicas (tanto al pediatra como especialistas y distintas pruebas médicas), actividades extraescolares, todo tipo de celebraciones (cumpleaños, Navidad...), viajes nacionales durante las vacaciones de Semana Santa y de Navidad de los niños, escapadas a la playa de fin de semana, etcétera.

Asimismo, los abuelos, ambos naturales de Mucientes, que siempre vivieron en el pueblo hasta el nacimiento de su hija y a la vez madre de sus nietos en 1982, en su anhelo por su tierra, pasan todos los veranos en el pueblo, de modo que, desde el verano de 2015, que fue

el primero que pasaron de manera exclusiva, por decirlo de alguna manera, con sus nietos, pasaron los meses de vacaciones de verano de los pequeños en el pueblo. Desde ese mismo año los niños se integraron perfectamente, ambos en el mismo grupo de amigos, con los que mantienen amistad todo el año y con los que se ven a menudo, pues también viven en Valladolid.

Por todo ello y, como puede apreciarse, los niños han venido conviviendo con sus abuelos desde 2014, siendo éstos su principal apoyo y figura de referencia, ejerciendo por tanto una guarda y custodia de hecho respecto de sus nietos y estableciéndose unas buenas relaciones abuelos-nietos que son innegables.

Sin embargo, y después de estos años en los que se viene dando esta situación de hecho no se ha formalizado de manera alguna, de modo que los abuelos acuden a mi despacho para plantear las opciones que pueden existir en cuanto a la guarda y custodia de sus nietos, así como si existe alguna posibilidad de que se les otorgue la guarda y custodia de estos.

## 2. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

### · **¿Puede otorgarse la guarda y custodia de menores a sus abuelos?**

En primer lugar, cuando nos referimos a la guarda y custodia de menores debemos partir de lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil<sup>1</sup>, donde se regula esta figura en relación a uno o ambos progenitores de los menores en cuestión. Sin embargo, este precepto no hace mención en ninguno de sus apartados al supuesto que se nos plantea en este caso: que la guarda y custodia sea ostentada por los abuelos.

El origen de esta variante respecto de la figura legal de la guarda y custodia estaría prevista en el artículo 103 CC, el cual hace referencia a las medidas provisionales a adoptar respecto de los menores para situaciones de nulidad, separación o divorcio de los progenitores custodios, admitida la demanda y en ausencia de acuerdo entre estos. En concreto, es el apartado primero en su párrafo segundo del citado artículo el que establece esta situación como una excepción:

---

<sup>1</sup> Art. 92 CC. “(...) 4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. 5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento (...)”.

*“Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”.*

Como vemos, este precepto hace referencia expresa a terceros que no son los progenitores, en concreto a los abuelos. Esta referencia fue introducida por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, a partir de la cual se contempla la posibilidad de que ante la ausencia de acuerdo entre los progenitores pueda otorgarse judicialmente y de manera excepcional el cuidado de los menores a los abuelos, además de manera preferente respecto de otros parientes (como podrían ser, por ejemplo, los tíos de los menores), personas o instituciones.

Asimismo, resulta bastante reveladora la referencia a los abuelos en la exposición de motivos de la Ley 42/2003, donde se resalta el papel de estos en el marco de las relaciones familiares:

*“Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil. Los poderes públicos han de fomentar la protección integral del menor y la familia en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 39 de nuestra Carta Magna.*

*El interés del hijo, principio rector en nuestro derecho de familia, vertebra un conjunto de normas de protección, imprescindibles cuando las estructuras familiares manifiestan disfunciones, ya sea por situaciones de crisis matrimonial, ya sea por abandono de relaciones familiares no matrimoniales o por cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores.*

(...)

*En efecto, cabe entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo. Contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis.*

*Esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados, que también pueden coadyuvar al mismo fin.*

*De acuerdo con todo lo anterior, la modificación legislativa que se aborda en esta ley persigue un doble objetivo. En primer lugar, singularizar desde un aspecto sustantivo, de forma más explícita y reforzada, el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos, tanto en caso de ruptura familiar, como en el caso de simple dejación de obligaciones por parte de los progenitores. En segundo lugar, se atribuye a los abuelos una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad.*”

Esta novedad introducida en el artículo 103 del Código Civil está prevista con carácter provisional, sin embargo, no aparece en el art. 92 CC como parte de las medidas que se pueden adoptar con carácter definitivo. A pesar de esta circunstancia, es necesario hacer mención a lo señalado por distintas sentencias que, de alguna manera, contravienen lo anterior.

Por un lado, la STS nº 679/2013, de 20 de noviembre, en la que se dispone la posibilidad de implementar un régimen de guarda y custodia de los abuelos respecto de los nietos con carácter extraordinario y como medida intermedia en aras de atender el interés superior del menor y su protección, sin perjuicio de que se pueda revisar y modificar dicha situación ante un cambio en las circunstancias, pero siempre teniendo en cuenta la protección del interés superior del menor<sup>2</sup>.

Por otro lado, podríamos mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla nº 32/2022, de 27 de mayo, en la que, pese a reafirmar que la norma general prevista en los artículos 91, 92 y 93 del Código Civil es la que establece que la guarda y custodia de los menores debe ser ostentada por los progenitores por “razones biológicas, afectivas, y de disposición y capacidad para hacerse cargo de las necesidades del niño”, se recoge la excepción de que ésta se atribuya a los abuelos o incluso parientes u otras personas que pudieran ser válidas para desempeñar y ostentar dicha responsabilidad, y ello en base al interés superior del menor<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> STS nº 679/2013, de 20 de noviembre, ECLI:ES:TS:2013:5713. “(...) Sin embargo, ningún problema plantea el que, con relación a la patria potestad, y en la interpretación del artículo 92, a la que si refiere este artículo, se pueda instaurar este régimen intermedio y extraordinario que permita atender a la protección de este interés, (...), sin perjuicio de que la medida que se acuerda pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan otra distinta que conjugue todos los intereses en juego”.

<sup>3</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla nº 32/2022, de 27 de mayo, ECLI:ES:APML:2022:116. “(...) Sin embargo, este principio general establecido en los arts. 91, 92, y 103 del Código Civil puede tener la excepción de que se atribuya la guarda y custodia a los abuelos, parientes, y otras personas idóneas, todo ello cuando concurran circunstancias extraordinarias, partiendo de la especial consideración de que debe ser el interés del niño y su voluntad manifestada, por encima del lógico deseo de cada uno de los progenitores de tenerlo consigo”.

En base a todo ello podemos admitir la posibilidad de que sean los abuelos quienes ostenten la guarda y custodia de sus nietos menores de edad, y ello con carácter excepcional y bajo control judicial.

Esta posibilidad hay que matizarla, pues a estos supuestos excepcionales que se enumerarán a continuación es necesario añadir la **novedosa admisión** de aquellos **casos de desinterés de los progenitores respecto de sus hijos**, como sería el supuesto que nos ocupa y que se seguirá abordando a lo largo de este dictamen jurídico.

Así pues, los supuestos excepcionales de concesión de la guarda y custodia a los abuelos (o incluso parientes o terceros idóneos para esta función) son los siguientes:

- Fallecimiento de uno o ambos progenitores. En nuestro asunto el padre falleció, momento en el cual la guarda y custodia pasó a ejercerse por la madre de manera exclusiva.
- Privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad a los progenitores.
- Declaración de situación de desamparo de los menores.
- Imposibilidad de uno o ambos progenitores para el cumplimiento de sus obligaciones para con los hijos por padecimiento de enfermedad, adicción grave, ingreso en centro penitenciario, etc.
- Desinterés por parte de los progenitores, el cual supone una novedad introducida en nuestro ordenamiento por la reciente jurisprudencia, y que se ajusta perfectamente a nuestro caso, pues la madre de los menores que pasó a ejercer de manera exclusiva la guarda y custodia de sus hijos se desentiende de ellos y desaparece de sus vidas, manifestando un claro desinterés hacia ellos.
  
- **¿En qué consiste la tramitación del procedimiento a seguir por parte de los abuelos que pretenden la concesión de la guarda y custodia respecto de sus nietos menores de edad?**

Como vemos, aunque quepa la posibilidad de que los abuelos pretendan la guarda y custodia de sus nietos la Ley de Enjuiciamiento Civil en su Libro IV, Título I, Capítulo IV regulador de los procesos matrimoniales y de menores, entre los que se encuentran los relativos a la guarda y custodia de menores no hace referencia alguna a este supuesto en concreto, sino que se refiere a la ostentada por los progenitores.

Pese a esta circunstancia, sabemos que la posibilidad existe, por lo que habrán de seguirse los trámites previstos para el juicio verbal de familia con las particularidades de los artículos 769 y ss de LEC.

En relación a la competencia, en nuestro caso los abuelos demandantes deberán interponer demanda con lo solicitado ante el Juzgado de Primera Instancia o Familia y, en concreto, al tratarse de un proceso cuyo tema en exclusiva es la guarda y custodia de los menores habrá de ser competente el citado Juzgado del lugar de residencia de los menores<sup>4</sup>, es decir, el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid que por turno corresponda.

En cuanto a la forma de iniciación del procedimiento, ya se ha mencionado que ésta se llevará a cabo mediante demanda tal y como se establece en el art. 437.1 LEC:

*“1. El juicio verbal principiará por demanda, con el contenido y forma propios del juicio ordinario, siendo también de aplicación lo dispuesto para dicho juicio en materia de preclusión de alegaciones y litispendencia”.*

Junto a sus pretensiones deberán aportar diversos medios de prueba, los cuales podrían referirse a:

- La situación de hecho de cuidado y crianza de los nietos por parte de los abuelos. Como medios de prueba aquí podrían aportarse: todos aquellos justificantes escolares de salidas, reuniones, calificaciones, etc. de sus nietos que los abuelos han firmado a lo largo de los años; informes médicos en los que figuran que los menores iban acompañados por sus abuelos y, en definitiva, todos aquellos documentos que acrediten el efectivo y total cuidado a lo largo de todos estos años de los abuelos respecto de sus nietos.
- Documentos acreditativos de la total integración de los menores en ese núcleo familiar, haciendo referencia, por ejemplo, a las temporadas estivales que pasan juntos en el pueblo. Aportar en este punto, por ejemplo, fotos y vídeos de las vacaciones, de las comidas familiares, etcétera.

---

<sup>4</sup> Art. 769.3 LEC. “3. En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores (...) será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor”.

- Situación de la madre respecto de sus hijos y la comunicación inexistente entre ésta y toda la familia, en particular con sus hijos, así como su “desaparición” del núcleo familiar y total desinterés respecto de los menores. Por ejemplo, aportar en este punto algún dibujo que hayan hecho los niños, en los que, como es natural, aparecerán representadas las figuras que para ellos sean más representativas e importantes en sus vidas, como son sus abuelos.
- Como prueba testifical propondría: familiares y amigos conocedores de la situación, así como incluso los diversos tutores del colegio con los que los abuelos han mantenido reuniones a lo largo de estos años.
- **¿Pueden ser escuchados y tenidos en cuenta los menores en el procedimiento en el que se decida sobre su guarda y custodia?**

Para resolver esta cuestión el primer precepto al que debemos acudir es el art. 92.2 CC<sup>5</sup>, que dispone que para los supuestos en los que el Juez tenga que decidir sobre cualquier medida a adoptar en relación al cuidado, custodia o educación de los hijos menores deberá asegurar el cumplimiento de su derecho ser oídos, emitiendo además una resolución motivada en este principio, el cual supone verdaderamente el eje vertebrador de estos supuestos.

Asimismo, en el mismo art. 92 CC en su apartado sexto<sup>6</sup> se dispone que en todo caso y con anterioridad a acordar el régimen de guarda y custodia el Juez tiene la obligación de recabar informe del Ministerio Fiscal, cuya intervención es preceptiva<sup>7</sup>, así como oír a los menores que cuenten con suficiente madurez y juicio cuando esto se estime necesario, tanto de oficio como a petición del Ministerio Fiscal.

---

<sup>5</sup> Art. 92.2 CC. “2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión”.

<sup>6</sup> Art. 92.6 CC. “6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

<sup>7</sup> Art. 749 CC. “1. (...) El Ministerio Fiscal velará a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor. 2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, persona con discapacidad o esté en situación de ausencia legal”.

Por otro lado, en el Código Civil en su artículo 154 se establece que *“si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez, deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario”*.

Igualmente, y conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 9 apartados primero y segundo:

*“1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.*

*En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.*

*2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos”*.

Por otro lado, atendiendo a la jurisprudencia en la materia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, ha de tenerse en cuenta la STS de 20 de octubre de 2014, núm. 413/2014, Sección 1. Recurso número 1229/2013, en la que se dispone que para los procedimientos judiciales donde se resuelva sobre la guarda y custodia del menor, éste atendiendo a su edad y madurez podrá ser oído y, en todo caso, cuando tenga más de 12 años. Sin embargo, si el

juez o tribunal valora que dicha prueba no puede ser realizada deberá motivar suficientemente la denegación de la misma, y ello en atención al interés superior del menor.

En esta misma línea se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 11 de octubre de 2016, en el *Asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España*, demanda nº 23298/12:

*“(…) el TEDH ha estimado que sería ir demasiado lejos decir que los Tribunales internos están siempre obligados a oír a un niño en audiencia cuando está en juego el derecho de visita de un padre que no ejerce la guarda. En efecto, esto depende de las circunstancias particulares de cada caso y teniendo debida cuenta de la edad y de la madurez del niño afectado (Sabin c. Alemania [GC], n o 30943/96, § 73, CEDH 2003-VIII. Observa, sin embargo, que en Derecho español (apartados 18 y 19 anteriores) en caso de procedimiento contencioso de divorcio, y si se estima necesario, los hijos menores, si son capaces de discernimiento, deben ser oídos por el Juez y, en todo caso, los menores con edades de 12 y más años. En cualquier caso, cuando el menor solicita ser oído, la denegación del trámite de audiencia deberá ser motivadas.”*

En base a lo expuesto, podemos afirmar que el interés superior del menor es verdaderamente un criterio instrumental y fundamental en el procedimiento, pues finalmente habrá de adoptarse la medida que se considere más beneficiosa para el menor o, al menos, de menor perjuicio para éste.

Por todo ello y, teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa los menores Alejandro y Sara, ambos nacidos el 27 de abril de 2012, cuentan a día de hoy (finales del año 2023, fechas en las que los abuelos presentan la demanda) con 11 años de edad. Si bien es cierto que no llegan a ese mínimo de edad en el que de manera preceptiva han de ser escuchados, podemos asegurar casi al cien por cien que, dada su madurez, cercanía de edad al límite legal de 12 años, y la historia en sí misma vivida, serán escuchados y tenidos en cuenta en el procedimiento.

- **A partir de la concesión de la guarda y custodia de los nietos para los abuelos, ¿qué derechos y deberes se desprenden para estos últimos?**

Una vez atribuida la guarda y custodia de los menores a los abuelos sin que previamente se haya extinguido la patria potestad de la progenitora, corresponderá a los

abuelos el ejercicio de las funciones tutelares respecto de los menores, las cuales ejercerán bajo la autoridad judicial según el ya mencionado art. 103.1 párrafo segundo CC<sup>8</sup>.

Sin embargo, y precisamente por el hecho de que previamente no se haya extinguido la patria potestad de la madre respecto de los hijos habrá que hacer una diferenciación entre esta figura y la de la guarda y custodia.

En este sentido, resulta muy clara la diferenciación que se hace entre estas dos figuras legales en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña nº 412/2013, de 9 de octubre, en la que se señala lo siguiente:

*“La **patria potestad** puede definirse como la función tuitiva o protectora atribuida por la ley a los progenitores respecto a sus hijos menores o incapacitados encaminada a garantizar a éstos el adecuado desarrollo de su persona en todos los órdenes, que comprende un conjunto de derechos y obligaciones consistentes, según los términos del artículo 154 del Código Civil, en velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes. La **guarda y custodia** no es más que la forma de ejercicio ordinario de la patria potestad por el progenitor que convive habitualmente con el menor. La atribución de la custodia a uno o ambos progenitores en los procesos de familia viene a concretar si se encomienda a uno u otro progenitor, o a ambos, la obligación del desempeño ordinario y habitual de las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad”.*

Como vemos, cuando se desarrolla el concepto de patria potestad en la citada Sentencia se dice que corresponde originariamente a los progenitores (aunque cabe la posibilidad de su privación total o parcial<sup>9</sup>), y se alude al conjunto de derechos y deberes recogidos en el art. 154 CC consistentes en: “(...) *Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. 3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial*”.

---

<sup>8</sup> Art. 103.1 párrafo segundo CC. “Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”.

<sup>9</sup> Art. 170 CC. “Cualquiera de los progenitores podrá ser privado total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

Por lo expuesto, podríamos concluir esta cuestión afirmando que de la concesión de la guarda y custodia de los nietos para los abuelos se derivaría para estos últimos el deber de cumplimiento de las funciones y obligaciones que son inherentes a la patria potestad y que a su vez se concretan en el ya mencionado art. 154 CC, las cuales, a su vez, son funciones que en la situación de guarda de hecho que se venía dando ya se estaban cumpliendo. De esta forma, los abuelos a partir de que se les conceda la guarda y custodia de sus nietos deberán seguir ejerciendo respecto de ellos las mismas funciones: alimentos, educación, formación integral, representación y administración de sus bienes, etcétera.

En este sentido, y para poner fin a esta cuestión reforzando la conclusión obtenida, es muy representativa la Sentencia 144/2021 de 30 de marzo de 2021 del Juzgado de Primera Instancia nº6 de Sevilla. Se trata de un caso en que unos abuelos, como parte actora, solicitan que se les atribuya la custodia de su nieto menor de edad, así como el establecimiento de un régimen de visitas y pensión de alimentos a cargo de los padres.

En el fundamento de Derecho tercero se exponen la siguiente argumentación:

*“En el presente caso existiendo una guarda de hecho reconocida, constando la conformidad del progenitor, y del propio menor (que ha sido oído expresando su voluntad de seguir residiendo con sus abuelos, con los que afirma haber vivido casi toda su vida) procede la atribución de facultades tutelares a los solicitantes para facilitar el ejercicio de la guarda en beneficio del menor. De la documental aportada resulta acreditado que son los abuelos quienes se han ocupado de la educación de su hijo, y quienes se han preocupado de buscar y abonar los gastos de un nuevo centro educativo dados los malos resultados que tenía Marcos en el anterior. También se acredita que han sido ellos los que se han preocupado de la salud del niño, y quienes le ofrecen y le han ofrecido la disciplina, orden y control que necesita (informe de la Psicóloga Doña Pilar aportado como documento 3). En virtud de lo anterior, procede la atribución de la custodia a los abuelos maternos del menor, estableciendo un régimen de estancias abierto en atención a la edad del menor y la práctica previa puesta de manifiesto en la exploración. Procede fijar por último la obligación de ambos progenitores de contribuir a los alimentos del menor en el importe de 150 euros, no acreditándose que perciban ingresos que posibiliten imponer una pensión superior al mínimo vital”.*

Finalmente, en el fallo de la sentencia se expresa lo siguiente:

*“(…) se atribuye la custodia del menor Marcos a sus abuelos Doña Claudia y Don Rafael. Se atribuyan facultades tutelares con respecto del menor a Doña Claudia y Don Rafael quienes adoptarán las decisiones necesarias con respecto a su salud y educación (…)”.*

En conclusión, y teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos volver a afirmar que los abuelos en nuestro caso deberán seguir con esas funciones de cuidado, educación y representación de los menores tal y como lo han venido haciendo ahora, con la única diferencia que lo que venía siendo una situación de hecho será ahora una situación formalizada consistente en las mismas facultades tutelares bajo el control de la autoridad judicial.

- **¿Se entiende que hay situación de desamparo cuando los padres de los menores han cesado de su función como padres y se encuentran bajo el cuidado de los abuelos? Cuestiones sobre desamparo e interés superior del menor.**

Para dar respuesta a esta cuestión es necesario concretar en primer lugar el concepto de desamparo. Si acudimos al art. 172.1 párrafo segundo CC nos encontramos con que el legislador define la situación de desamparo como *“la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*.

Asimismo, el art. 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de hacer referencia al art. 172 CC ya mencionado, enumera una serie de causas en las que *“en particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor”*.

Entre otras causas, además de ciertos indicadores para la valoración de la situación de desamparo de un menor como puede ser el que se haya declarado a alguno de sus hermanos en la misma situación, pueden enumerarse alguna de los siguientes causas a las que hace referencia el mencionado art.18 de la LO de Protección Jurídica del Menor: que a quienes les corresponde el ejercicio de la guarda del menor le hayan abandonado por no querer o no poder ejercerla; que exista riesgo para la vida, salud, integridad física y/o moral del menor; exista por parte de los guardadores inducción al menor a la mendicidad, delincuencia o prostitución, etcétera.

A nivel jurisprudencial, es necesario partir del razonamiento que hace la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra en su Auto nº 25/2023 de 6 de febrero de 2023; resolución que ha marcado un precedente a nivel de guarda y custodia de menores y que ha dado lugar posteriormente en el mismo procedimiento a la Sentencia nº 146/2023 de 26 de septiembre de 2023, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Estrada (Pontevedra).

En este procedimiento, dos abuelos demandan a los progenitores de sus nietos ante el desinterés de estos respecto de sus hijos, pues venían siendo los abuelos quienes desde hacía años se encargaban de los menores. Así, los abuelos demandan a los padres, solicitando se les otorgue la guarda y custodia de los nietos menores con todos los efectos inherentes a esta declaración, así como la fijación de una pensión de alimentos y régimen de visitas de los padres con respecto a sus hijos.

Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia inadmite la demanda de los abuelos, entendiendo que éstos carecen de legitimación activa para la interposición de tal demanda con respecto a sus nietos ya que no había situación de desamparo.

Ante dicha situación, los abuelos recurren en apelación y en el Auto 25/2023 de 6 de febrero de 2023 la AP de Pontevedra admite a trámite la demanda, alegando en su fundamento jurídico tercero la legitimación activa de los abuelos en este caso y haciendo un desarrollo exhaustivo de la valoración o no de la situación de desamparo de los menores y del interés superior del menor, así como un recorrido jurisprudencial al respecto.

Finalmente, y ante la admisión a trámite de la demanda, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Estrada (Pontevedra) falla en su Sentencia 146/2023 de 26 de septiembre de 2023 la estimación íntegra de la demanda de los abuelos, otorgándoles la guarda y custodia de sus nietos menores de edad con todos aquellos efectos inherentes a dicha declaración, así como la fijación de una pensión de alimentos a cargo de los padres de los hijos a favor de los menores así como un régimen de visitas y comunicaciones padres/hijos.

Se trata de una Sentencia novedosa entorno a este asunto de la concesión de guarda y custodia de menores a favor de sus abuelos, pues reconoce de Derecho una situación que venía produciéndose de hecho desde hacía años, resolución que esta parte considera de gran relevancia ya no solo en la actualidad, pues ha tenido bastante repercusión en los medios de

comunicación, sino también de cara a futuras demandas que se interpongan en relación a este tema y que, por ejemplo, en la provincia de Valladolid todavía no han tenido lugar pero estoy segura de que los Juzgados competentes de este partido judicial tendrán en cuenta el procedimiento y resoluciones mencionadas.

Volviendo al asunto de la declaración de la situación de desamparo y del interés superior del menor al que venía haciendo referencia, la AP de Pontevedra en el fundamento jurídico tercero ya mencionado en su Auto 25/2023 de 6 de febrero de 2023, recuerda la proclamación por parte de la jurisprudencia como principio rector en los procesos sobre medidas de protección de los menores la necesidad de que el interés superior de los menores sea el que prevalezca, y hace referencia aquí a varias SSTS que a su vez ya proclamaban el interés superior del menor como principio rector en este tipo de procesos. En concreto, menciona: STS nº 670/2004 de 12 de julio de 2004, STS nº 384/2005 de 23 de mayo de 2005, y STS nº 565/2009 de 31 de julio de 2009.

Además, como continuación de esta interpretación que ya fue sostenida en el Auto de 15 de octubre de 2013 por la Sala que dictó este Auto que estamos comentando, descarta la apreciación de una situación de desamparo de una niña al considerar que se encuentra debida y perfectamente asistida por sus abuelos, a quienes se reconoció la condición de guardadores de hecho, y ello en atención al interés superior del menor, decisión que fue confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo en la STS 582/2014 de 27 de octubre, resolución que se comentará más adelante precisamente también por su relevancia.

En esa resolución de 15 de octubre de 2013, la propia AP de Pontevedra aclaró cuándo se puede apreciar que exista situación legal de desamparo, para lo cual fijó dos requisitos: uno subjetivo y otro objetivo:

*“El primero, consiste en que se produzca por parte de quienes ejercen la guarda del menor una actuación de completa dejación de sus deberes de asistencia (moral o material, dice el Código Civil); y el segundo, que se constate en los menores un resultado de abandono, es decir, que se encuentren carentes de tal asistencia. Por lo tanto, el desamparo es fundamentalmente una situación de hecho, querida o no, en la que se encuentran o pueden encontrarse los menores, caracterizada por la privación de la asistencia o protección moral y material necesarias, lo que dará lugar, de forma automática, a la asunción de la tutela por la entidad*

*pública que tiene encomendada la protección de los menores, con privación de la guarda y custodia a los padres biológicos”.*

Además, se decía en esta Sentencia:

*“Como indican las SSTC 143/1990 y 298/1993 , la asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno- filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite, efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor, exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación”.*

Asimismo, se reconoce el derecho tanto del menor como de sus progenitores a que el niño crezca y se le eduque en el seno de la familia natural<sup>10</sup>, pero se hace hincapié en la necesidad de adoptar las medidas necesarias para la protección del niño contra todo tipo de perjuicio físico o mental, descuido o trato negligente<sup>11</sup>, debiendo prevalecer el interés superior del niño<sup>12</sup>.

Teniendo en cuenta todos estos aspectos, la conclusión a la que se llega en el Auto mencionado es que, al tratarse de unos padres que solicitan ayuda a los abuelos en el cuidado de su hija, no se puede entender que exista situación de desamparo de la menor, pues está perfectamente atendida por sus abuelos, con todas sus necesidades cubiertas y con una red afectiva que la sostiene, cuida y educa.

---

10 Art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989: *“Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.*

11 Art. 19.1 Convención sobre los Derechos del Niño: *“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.*

12 Art. 3.1 Convención sobre los Derechos del Niño: *“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.*

En esta misma línea, el Auto de 15 de octubre de 2013 de la AP Pontevedra ante el que se examinó este caso, hace referencia a lo siguiente:

*“La Ley gallega y el Código civil nos ponen ya en la pista de que la intervención administrativa está supeditada a que la imposibilidad de las personas a las que corresponda ejercer las funciones de guarda no hagan por las causas y con las consecuencias que ella misma prevé para el menor, y este tribunal entiende que por un lado, la actuación de los padres de Aitana, dejando la guarda de su hija a los abuelos paternos no integra el concepto de imposibilidad que venimos examinando, incumbiendo como sabemos a los ascendientes también el deber de alimentos (en sentido amplio) de sus descendientes, y por tanto hallándose también obligados a prestárselos; y por otro lado, que la declaración de desamparo supone una inmisión en la libertad individual no ya de los padres, sino y sobre todo de Aitana -único interés al que debemos atender”.*

Esta misma postura fue mantenida y refrendada por el Tribunal Supremo en su STS 679/2013 de 20 de noviembre. Se trataba de un caso en el que se discutió la guarda y custodia de dos niñas menores, una de ellas adoptada por el matrimonio en el 2001 y la otra nacida 2002, habiendo convivido ambas desde siempre con el padre biológico y la nueva pareja, mientras que la madre biológica tenía problemas psicológicos que llevaron a su incapacitación.

De nuevo, se trata de un caso en el que se vuelve a poner de manifiesto la relevancia del interés superior del menor como eje vertebrador de este tipo de procedimientos, y se hace la siguiente reflexión:

*“Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez”. Esta medida, no está contemplada entre las que pueden adoptarse en el artículo 92 del CC con carácter definitivo en los procesos matrimoniales. Sin embargo, ningún problema plantea el que, con relación a la patria potestad, y en la interpretación del artículo 92, a la que si refiere este artículo, se pueda instaurar este régimen intermedio y extraordinario que permita atender a la protección de este interés, en este caso de Ofelia , pero también de su hermana Petra ,que han convivido juntas desde el nacimiento de la primera, tanto bajo la guarda y custodia de la recurrente como de la del recurrido, con el que han mantenido unas buenas relaciones, como dice la sentencia, y que vuelven a estar juntas en una situación estable y adaptada a la unidad familiar formada por el Sr. Dimas y su nueva esposa, con la que tiene un hijo de corta edad, teniendo como tiene este capacidad para asumir el cuidado de las menores, como se recoge en la sentencia del Juez de 1ª Instancia, sin perjuicio de que la medida que se acuerda pueda ser revisada cuando se acredite el*

*cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan otra distinta que conjugue todos los intereses en juego”.*

Posteriormente y, en esta misma línea, se posiciona la ya citada STS 582/2014, de 27 de octubre.

En esta Sentencia se descarta la existencia de desamparo en el caso de un menor que, por voluntad de sus padres y desde su nacimiento ha convivido y residido con sus abuelos paternos, quienes desde el primer momento han actuado como guardadores de hecho del menor; situación que se valida y formaliza en esta resolución, pues eran ellos quienes venían garantizando la protección y cuidado del niño.

Además, esta resolución recuerda la definición legal de desamparo<sup>13</sup>, así como las dos posturas desde que hay que entender este concepto.

Por un lado, en su vertiente objetiva, se trata de una situación de hecho de desasistencia del menor en cuestión, por lo que si alguien pasa atenderle no existirá tal situación de desamparo. Y, por otro lado, tenemos la postura subjetiva, tratándose de aquella situación en la que, el menor no es atendido por las personas que tienen su tutela o patria potestad, aunque tenga cubierta por un guardador de hecho su necesidad de ser asistido.

Sin embargo, resulta llamativo que, en esta segunda vertiente, la subjetiva, en relación a la situación de desamparo, se desconozca e infravalore de tal manera la función que por ejemplo hacen los abuelos respecto de unos nietos a los que han cuidado desde sus primeros meses de vida y gracias a los cuales esos menores han podido tener el sustento y educación que han tenido. Así pues, la sentencia realiza la siguiente afirmación:

*“En atención a lo expuesto respecto a la guarda de hecho interpretada bajo el principio del superior interés del menor al que también hemos hecho mención, ha de ponderarse en esta materia las singularidades de cada caso, pues la situación de desamparo es casuística y, de ahí que para legalizar la situación del menor sometido a guarda de hecho debe acudir a plurales soluciones jurídicas en atención a las circunstancias concurrentes, para que la respuesta sea la más adecuada al interés del menor. Será necesario un análisis*

---

13 STS 582/1014 de 27 de octubre. “Para que exista la situación legal de desamparo se requieren dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero, consiste en que se produzcan por parte de quienes ejercen la guarda del menor una actuación de completa dejación de sus deberes de asistencia (moral o material, dice el Código Civil); y el segundo, que se constate en los menores un resultado de abandono, es decir, que se encuentren carentes de tal asistencia. Por lo tanto, el desamparo es fundamentalmente una situación de hecho, querida o no, en la que se encuentran o pueden encontrarse los menores, caracterizada por la privación de la asistencia o protección moral y material necesarias, lo quedará lugar, de forma automática, a la asunción de la tutela por la entidad pública que tiene encomendada la protección de los menores, con privación de la guarda y custodia de los padres biológicos”.

*objetivo de la situación en cada caso concreto, ya que todos los supuestos de guarda de hecho no merecen la misma interpretación e idéntica intervención administrativa”.*

Y, en virtud de tal reflexión, la Sala Primera del Tribunal Supremo fija como doctrina lo siguiente:

*“Cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección”.*

Además, cabe mencionar que la STS 582/2014, 27 de octubre de 2014 establece:

*“En definitiva, la situación de desamparo derivaría, no de que el menor no esté recibiendo la atención precisa, sino de que no de que no se la prestara quienes por Ley tienen obligación de hacerlo, por lo que la está recibiendo en condiciones de precariedad. Consecuencia de ello es que un menor puede estar jurídicamente desamparado por falta de título legal, pero estando a la par protegido en sus necesidades materiales y alimenticias en toda su extensión por medio de un guardador de hecho que en favor y beneficio del menor lo tutela y ampara en sus necesidades materiales y morales”.*

Es preciso también mencionar, aunque en el ámbito de los tíos paternos, esta reflexión que hace poco después la STS 47/2015 de 13 de febrero, y es que en esta Sentencia se admite la posibilidad de atribuir la guarda y custodia de un menor a su tía paterna, y ello en atención a las circunstancias especiales que rodeaban la vida y crecimiento del menor, cuyo interés es el que debe prevalecer. Y hace la siguiente reflexión en torno a este principio:

*“Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso; de un menor que a los seis años de edad sufre una experiencia traumática por el asesinato de su padre, con el que convivía, por su madre, que cumple en la actualidad condena de 18 años de cárcel, y que ha estado bajo la custodia de la tía paterna desde entonces. El interés en abstracto no basta”.*

Y, por último, en esta misma línea argumental es preciso mencionar la STS 492/2018 de 14 de septiembre.

Se trata de una Sentencia que casa la Sentencia de apelación y confirma la primera instancia, en la que había sido atribuida la guarda y custodia de una menor a su tía materna, pues había sido ella la que se había venido haciendo cargo de la menor desde que a su madre le diagnosticaron el cáncer que acabó con su vida, situación dada pese a la oposición del padre de la menor. En concreto, la Sentencia insiste en la necesidad de interpretación de la norma de acuerdo con los principios inspiradores en general y, en particular, el interés superior del menor aplicado y valorado en el caso determinado.

Asimismo, concluye esta resolución con la siguiente afirmación:

*“En estas circunstancias, la guarda de la niña por su tía impone a aquella el deber de injerencia en la esfera jurídica de esta mientras sea necesario para su interés, con las únicas limitaciones que derivan de la función que desempeña, en la forma que autorizan los artículos 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria , y 303 del Código Civil , con la garantía que proporciona la intervención del Ministerio Fiscal, cuyo Estatuto (artículo 3.7) le impone, como defensor del superior interés del menor, «asumir o en su caso promover la representación en juicio y fuera de el de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos». Y así lo hizo la recurrente mediante la formulación de la demanda para regularizar esta relación de hecho y ahora formulando el pertinente recurso de casación”.*

Por todo lo expuesto a lo largo del planteamiento de la cuestión referente a si se entiende que existe situación de desamparo cuando los padres de los menores han cesado de su función como padres y se encuentran bajo el cuidado de los abuelos podemos concluir diciendo que no.

Esto se considera así dado que los menores no están en situación de desamparo cuando sus guardadores (los abuelos) pese a no ser sus progenitores están velando por el interés superior de los pequeños y garantizando su correcto desarrollo y bienestar, así como satisfaciendo todas sus necesidades y velando por su seguridad y educación.

### 3. CONCLUSIONES

Tras haber analizado el régimen jurídico de las relaciones familiares de los nietos con los abuelos y, en concreto, la posible atribución de la guarda y custodia de los nietos menores de edad a sus abuelos, cabe concluir este dictamen jurídico haciendo alusión a las siguientes conclusiones que extraemos de ello.

**PRIMERA.** – Aunque a priori, en nuestra legislación la guarda y custodia regulada en el art. 92 CC estaba solo pensada para los padres respecto de los hijos, el art. 103 CC relativo a las medidas provisionales respecto de los menores en casos de nulidad, separación o divorcio, introdujo como novedad en su apartado primero párrafo segundo la posibilidad como EXCEPCIÓN de encomendar a los abuelos, parientes o instituciones las funciones tutelares respecto de los menores en cuestión, funciones a ejercer bajo la autoridad del juez.

Esta referencia expresa a terceros que no son los progenitores, y más en concreto la referente a los abuelos fue introducida por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, a partir de la cual se empezó a contemplar la posibilidad de que en caso de ausencia de acuerdo entre los progenitores en situaciones de nulidad, separación o divorcio pueda otorgarse judicialmente y de manera excepcional el cuidado de los menores a los abuelos.

En este sentido, además, es necesario señalar que esta atribución excepcional a los abuelos de la guarda y custodia de nietos menores tiene carácter preferente respecto de otros parientes, como podrían ser, por ejemplo, los tíos de los menores, otras personas o incluso instituciones.

Asimismo, mencionar que en la misma Ley 42/2003, en su exposición de motivos, se resalta el papel de estos en el marco de las relaciones familiares, reafirmando su *“papel fundamental en la cohesión y transmisión de los valores en la familia”*<sup>14</sup>, momento a partir del cual parece que el legislador empieza a poner en valor el papel de los abuelos en el marco de las relaciones familiares.

---

14 Exposición de motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

**SEGUNDA.** – En base a la jurisprudencia analizada podemos afirmar que, en primer lugar y de manera prioritaria este tipo de procedimientos deben atender al interés superior del menor, el cual se ha consagrado como el principio rector de estos procedimientos.

De la misma forma, habrá de atenderse a las circunstancias concretas de cada caso, no pudiendo enunciarse una fórmula generalista que pretenda abarcar una directriz concreta y común para todos los casos.

Así pues, para los procedimientos judiciales donde se resuelva sobre la guarda y custodia del menor será fundamental analizar y tener en cuenta su ambiente social y familiar, así como su historia de vida.

Además, para ello, es necesario también que hagamos referencia a la posibilidad de que se dé audiencia y escuche a esos menores, lo cual se hará teniendo en cuenta su edad y madurez y, en todo caso, cuando tenga más de 12 años. Excepcionalmente, si la autoridad judicial valorase que dicha prueba no es posible realizarla deberá motivar adecuadamente dicha denegación, y en todo caso, basándose en el interés superior del menor.

**TERCERA.** – En cuanto al procedimiento a seguir por los clientes, es decir, los abuelos que después de años criando y haciéndose cargo de los nietos como si fueran sus progenitores y que pretenden que se les atribuya legalmente su guarda y custodia, deberán acudir al procedimiento de JUICIO VERBAL del art. 437.1 LEC.

Dicho procedimiento principará por demanda, la cual deberán presentar ante el Juzgado de Primera Instancia o Familia y, en concreto, al tratarse de un proceso cuyo tema en exclusiva es la guarda y custodia de los menores y en virtud del art. 769.3 LEC habrá de ser competente el citado Juzgado del lugar de residencia de los menores, es decir, el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid que por turno corresponda.

Junto a sus pretensiones, los abuelos deberán aportar diversos medios de prueba que refuercen las mismas, de modo que pueda acreditarse una correcta relación abuelos-nietos, así como la situación de cuidado y crianza que tiene lugar desde hace años, su correcta inclusión en ese núcleo dentro del cual los abuelos serán considerados por los pequeños como sus figuras de referencia, etcétera.

**DICTAMEN FINAL** – En base a todo lo expuesto y una vez analizado el caso con mis clientes, los abuelos Don Tomás y Doña Adelaida, les recomiendo la interposición de demanda de guarda y custodia respecto de sus nietos Alejandro y Sara; puesto que, y en base a la reciente jurisprudencia analizada, tienen legitimación activa para la iniciación de dicho procedimiento. En este sentido, les explico en qué consiste este procedimiento, así como el pronóstico que puede tener, pero nunca asegurando un resultado que realmente no conoceremos hasta momento del fallo.

Además, y dado el tipo de procedimiento que es, les explico que no ha lugar a una posible imposición de costas tal y como alguna de las sentencias analizadas expresa en su fallo.

Por otro lado, les explico también que en casos previos y parecidos al de ellos los abuelos demandantes han reclamado una pensión de alimentos a los progenitores ausentes que se desentendieron de sus hijos (en este caso la madre), pero rápidamente se apartan de esta idea alegando que realmente a ellos lo que les interesa es que se legalice esta situación, más que el dinero con el que la madre pueda colaborar con esa pensión de alimentos.

Y, por último, les explico que en algunos de esos casos también se ha establecido un régimen de visitas de los progenitores con los menores, pero dado que la madre se desentendió completa y absolutamente de todo el mundo y, en especial, de sus propios hijos, se descarta también esta idea.

Con todo, los abuelos están dispuestos a la interposición de la demanda e iniciación de tal procedimiento, buscando, por encima de todo, el bienestar de sus nietos Alejandro y Sara.

#### **4. ABREVIATURAS**

- AP: Audiencia Provincial
- Art: artículo
- CC: Código Civil
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
- LO: Ley Orgánica
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

#### **5. LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Constitución Española de 1978.
- Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

## 6. JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 11 de octubre de 2016, en el *Asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España*, demanda nº 23298/12.

### TRIBUNAL SUPREMO

- STS nº 670/2004, Sección 1, de 12 de julio de 2004. ECLI:ES:TS:2004:5080
- STS nº 384/2005, Sección 1, de 23 de mayo de 2005, ECLI:ES:TS:2005:3272
- STS nº 565/2009, Sección 1, de 31 de julio de 2009. ECLI:ES:TS:2009:5817
- STS nº 679/2013, Sección 1, de 20 de noviembre de 2013, ECLI:ES:TS:2013:5713.
- STS nº. 413/2014, Sección 1, de 20 de octubre de 2014. Recurso número 1229/2013, ECLI:ES:TS:2014:4233
- STS nº. 582/2014, Sección 1, de 27 de octubre de 2014. Recurso número 2762/2013. ECLI: ES:TS:2014:4243
- STS 47/2015, Sección 1, de 13 de febrero de 2015. Roj: STS 253/2015 - ECLI:ES:TS:2015:253
- STS 492/2018, Sección 1, de 14 de septiembre de 2018. ECLI:ES:TS:2018:3154

### AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña nº 412/2013, de 9 de octubre. ECLI:ES:APC:2013:2506

- Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de octubre de 2013. Roj: SAP PO 2872/2013 - ECLI:ES:APPO:2013:2872
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla nº 32/2022, de 27 de mayo, ECLI:ES:APML:2022:116.
- Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra nº 25/2023, de 6 de febrero de 2023. AAP PO 909/2023 - ECLI:ES:APPO:2023:909A

### **JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA, FAMILIA E INSTRUCCIÓN**

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº6 de Sevilla, nº 144/2021 de 30 de marzo 2021, Proc. 205/2019.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Estrada (Pontevedra) nº 146/2023, de 26 de septiembre de 2023. SJPII 272/2023 - ECLI:ES:JPII:2023:272